

**SEÑOR, ¡YO SOY UN DOGMÁTICO! ...
PERO JURÍDICO***

Dr. Guillermo Lariguet**
Abogado argentino

A Hugo Seleme y Esteban LLamosas

(Recibido 10/07/13 • Aceptado 03/12/14)

* Este trabajo fue expuesto, en forma sintética, en las Primeras Jornadas de Análisis y Método Jurídico, organizadas por el Dr. Alejandro Vergara Blanco de la Universidad Pontificia Católica de Chile. Fueron muy instructivos los comentarios de Rodrigo Coloma, Fernando Atria y Alejandro Vergara sobre esta temática metodológica.

** Profesor e investigador de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina e investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
E-mail: gclariguet@gmail.com

Resumen: En este trabajo intento mostrar en qué consiste el núcleo conceptual fuerte que caracteriza ser un dogmático...pero jurídico. Sugiero vínculos entre la teología, los relatos de ficción y la dogmática. Propongo una serie de distinciones clave para comprender la naturaleza intelectual del trabajo del dogmático jurídico. A la vez, defiendo la tesis de que la dogmática debe lograr ser auto-consciente del tipo de conocimiento que lleva a cabo, así como de su relevancia intelectual y práctica. Mi principal argumento pasa por reconocer el carácter prominentemente “normativo” de la empresa intelectual de la dogmática. Para ello, indico de qué modo puede ser caracterizado este carácter. También defiendo que este carácter requiere del complemento de una buena teoría de la argumentación, de una teoría de la democracia y de un apoyo en algún tipo plausible de objetivismo ético.

Palabras Clave: Dogmática jurídica, normatividad, teoría de la argumentación, teoría de la democracia, objetivismo moral, interdisciplina, ideología.

Abstract: The objective of this essay is to show the strong core concept that characterizes a dogmatic... though juridical being. I propose links among theology, fiction stories and dogma. Also, I propose a number of key distinctions to understand the intellectual nature of the work of the legal-dogmatic analyst. At the same time, I advocate the thesis that the legal dogma must be self-conscious about the kind of knowledge it deals with, and about its intellectual and practical relevance. My main argument recognizes the mostly “normative” nature that characterizes the intellectual dogmatic undertaking. For this, I point out how such nature must be characterized. Additionally, I argue that this nature requires, as a complement, a sound theory of argumentation, a theory of democracy and the support of some kind of plausible ethical objectivism.

Keywords: Legal dogma, regulations, theory of argumentation, theory of democracy, moral objectivism, interdisciplines, ideology.

Índice

1. Introducción
2. Primeros pasos metodológicos: qué significa preguntarse: qué hacen los juristas dogmáticos?
3. Determinaciones filosóficas internalistas y externalistas
4. La normatividad dogmático-jurídica como rasgo notorio versus el kelsenismo jurídico
5. Dos aspectos más del kelsenismo que deben ser revisados
6. Dos niveles en la dogmática: micro y macro
7. Recapitulación

Bibliografía

1.Introducción

Cuando el Profesor Alejandro Vergara Blanco, de la Pontificia Católica de Chile, me invitó a participar en un simposio a realizarse en su universidad sobre la denominada “dogmática jurídica” me encontraba trabajando en un texto que interseca filosofía de la religión con ficción literaria. Estaba tan apasionado por esta temática que sentí que volver sobre mis pasos y reencontrarme con la dogmática del derecho era una especie de perturbación. Poco tiempo me llevó darme cuenta que no había una interrupción, al menos no una estándar. Porque repensar la dogmática jurídica me podía conducir a cuestiones que se rozan con la teología y también con la ficción. Esta afirmación, para algunos, puede resultar esotérica y dejaré abierto el misterio un poco, para luego, al recorrer mis pasos en el presente trabajo, termine, al final, disolviendo el misterio que mi afirmación pueda ocasionar al lector.

Para comenzar, supongamos que un científico, por ejemplo un físico o un químico, se encuentra con un jurista que estudia, investiga y enseña derecho civil, penal, agrario, ambiental, etc., y el científico le pregunta ¿a qué se dedica Usted? Yo soy un científico del derecho responde en un tono algo solemne el interrogado. Entonces el físico o el químico, o si Usted prefiere, el sociólogo, el filósofo o el biólogo, con genuina curiosidad afirman: entonces Usted es un científico, ¡no me imaginaba que había ciencia del derecho! Claro, responde el científico jurídico muy ufano: yo soy un científico del derecho, es decir, ¡un dogmático...jurídico! El científico o el filósofo no pueden reponerse de su sorpresa: algo debe estar enredado en el lenguaje: científico, dogmático...dogmático jurídico, dijo, dice para sí mismo el sorprendido y perplejo interrogador. Un científico que es un dogmático...jurídico, o un dogmático jurídico que es un científico, le parecen al sorprendido científico o al filósofo una *contradictio in adjecto*. Porque, reflexiona el científico o el filósofo, ciencia y dogma son alternativas genuinamente incompatibles. Pero, caramba, ¡qué poco avisados que son estos científicos o estos filósofos! Vamos a tener que explicarles el abc de la ciencia jurídica, piensa el dogmático, que además de ser un eximio científico del derecho, es un avezado “lector de otras mentes”, y por eso es que adivina el pensamiento contrariado del interrogador. Este posible diálogo que acabo de retratar exige una reconstrucción más pormenorizada y por esta razón transitaré más despacio el camino de este trabajo.

2. Primeros pasos metodológicos: qué significa preguntarse “qué hacen los juristas dogmáticos” ?

Un primer paso metodológico para desentrañar la causa del ruido comunicativo entre los “dos” científicos debería consistir en describir seriamente “qué hacen” los juristas que se denominan “dogmáticos del derecho”. Pero la pregunta acerca de “qué hacen” los juristas peca de candor o ingenuidad. Los dogmáticos, parece que hacen muchas cosas y la pregunta misma “qué hacen” es muy compleja porque demandaría una detallada descripción de las actividades –y pasividades auto impuestas o no- de estos dogmáticos del derecho. Dejo a un lado, además, la complejidad de la operación de describir que es mencionada frecuentemente por los juristas, sean éstos dogmáticos, teóricos o filósofos, dando por descontado que se trata de una operación cuya estructura o tipologías no exige discusión o elucidación.

Ahora bien, la pregunta “qué hacen los juristas dogmáticos” podría ubicarse, a su vez, en “niveles” epistémicos diferentes: esta pregunta se la podría formular, por lo pronto, un llamado “filósofo del derecho” o, si se prefiere el término, “un teórico del derecho”. Ellos podrían estar meditando en distintos planos o formas metódicas de determinar qué hacen los dogmáticos. Podrían hablar, así, de intentar “dar cuenta de la práctica de la dogmática”, “analizar conceptualmente” las operaciones de los dogmáticos, “reconstruir racionalmente lo que hacen los juristas”, o si son derrideanos, “deconstruir la práctica dogmático jurídica”, etc. Es decir, que ya en este plano filosófico o teórico –o como prefiera llamárselo- los teóricos o los filósofos articularían distintas operaciones que también son susceptibles de elucidación y discusión filosófica, epistémica, lógica, etc. Ahora bien, también la pregunta “qué hacen los juristas” podría ser formulada por un sociólogo. Por ejemplo, un sociólogo de la “ciencia” (si queremos ser menos ambiciosos podríamos decir sociólogos a secas o sociólogos del derecho) podría sostener que los dogmáticos del derecho hacen muchas cosas que recubren con la etiqueta de “ciencia” pero en realidad hacen otra cosa. Por ejemplo, tras el despliegue de pompa y gloria profesional, acostumbra a “doctorearse” (aunque sean solo abogados), a ponerse “red carpets”, cual estrellas hollywoodenses, a darse títulos como “distinguido”, “egregio”, “sabio” para acompañar al no menos impactante “jurisconsulto” o “jurista”, etc. Pero, en el precipitado último de este uso del lenguaje, podría subyacer

una práctica de adiestramiento, a veces por qué no “manipulación”, (aunque otros más ambiciosos y candorosos le llamarían “educación”) según la cual los dogmáticos se entrenan en la “jerarquía y la obediencia” como ha sostenido lapidariamente Duncan Kennedy (2000). Este muestrario de lo que hacen los dogmáticos, entonces, los ubicaría en una especie de reclutamiento para una estructura jerárquica del manejo del conocimiento del derecho y quien perteneciera a ella gozaría de lo que Bourdieu (2013) ha llamado la “nobleza de estado”. En dicha nobleza hay jerarquías, desde los “grandes maestros del derecho”, hasta los juristas de a pie; jerarquías que presuponen una amplia gama de rangos sociales, intelectuales, funciones, y posiciones de poder simétricas y asimétricas. Lejos del esoterismo del primitivo derecho romano, pero todavía cerca de los rasgos de privilegio de un cargo de estirpe real, los grandes maestros serían algo así como los “guardianes” del derecho, el orden jurídico, etc¹. Sin embargo, la pregunta de quién controla a los guardianes no es solo un capricho literario de Orwell y su *Rebelión en la Granja*. Se suele acusar, desde algunas filas del positivismo jurídico metodológico, que los dogmáticos más que “guardar” la ley, es decir, preservar su dimensión semántica y su fidelidad al legislador, ocultan sendas operaciones de alteración del significado de los enunciados jurídicos que dimanen del legislador u otras fuentes autoritativas. Más allá de esta última cuestión, compleja por sus numerosas aristas teóricas, lo cierto es que la primera pregunta metodológica que nos podemos formular, esto es, “qué hacen los juristas”, es en sí misma, una pregunta que se puede –y que se debería- problematizar. Porque, hay que añadir, la pregunta que parece exhibir una impronta de tipo “descriptivo”, suele encaminarse también por senderos “normativos”: la pregunta “qué hacen”, en realidad y a veces, solapa una pregunta acerca de “qué deben hacer”. Así, en la teoría jurídica contemporánea, hay un amplio y variopinto muestrario de esta preocupación. Autores como Atienza (2005) proponen un instructivo o recetario para el “buen dogmático”, autores positivistas como Alchourrón

¹ Parte de la intuición de que los juristas son “guardianes” del derecho subyace a esquemas “garantistas de pensamiento” del estilo del italiano Ferrajoli que, dentro de una aproximación “proto-positivista” intenta dar cuenta de la determinación no sólo de la validez formal de las reglas sino también su validez de contenido.

y Bulygin² (1987), al “reconstruir racionalmente” lo que “hacen los juristas”, en rigor, explicitan lo que éstos “deben hacer” si es que quieren hacer “ciencia” del derecho y no política jurídica encubierta, mientras que, en contrario, Bovino y Courtis (2000, pp. 179-213) sostienen que en la labor política se condensa la verdad de lo que hacen y deben hacer los dogmáticos.

Aquí voy a sostener que determinar lo que hacen los juristas no puede escindirse completamente de lo que deben hacer. Parte de lo que hacen y deben hacer surge de una recolección conceptual no sólo de ideales epistémicos, sino también morales, políticos, jurídicos, lógicos, etc, que los mismos dogmáticos han ido fraguando durante siglos de práctica. Otra parte, quizás, provenga de la propuesta metodológica normativa del que, como yo, intenta determinar qué hacen, qué deben hacer los juristas.

En mi caso, he perdido la obsesión por establecer criterios de “cientificidad” de la dogmática, al estilo de Alchourrón y Bulygin u otros positivistas metodológicos. Me parece que parte del trabajo de la teoría jurídica se ha visto estancado por años debido a esta obsesión. Todo lo que nos debería interesar de los dogmáticos es que articulen una forma clara, precisa y sofisticada de “conocimiento” del derecho;

² Resulta curioso que el título en español de la obra de estos autores argentinos sea introducción a la “metodología” de las “ciencias jurídicas y sociales”. Su noción de “metodología” es bastante restrictiva porque se sujeta a problemas de sistematización del derecho, tal como ellos la conciben desde el punto de vista lógico y con una distinción cualitativa entre sistematizar y cambiar sistemas. En Lariguet, 2008: capítulo 7 discuto esta distinción. Además, hablan en plural de “ciencias jurídicas”, lo cual es extraño porque ellos tienen en mente a la dogmática jurídica pero no a la criminología, la historia jurídica, la política legislativa u otras disciplinas que, sin torturar convenciones, podríamos llamar “ciencias jurídicas”. Y por último, hablan de “ciencias sociales” lo que le arrancarían más de una sonrisa irónica a científicos sociales como los sociólogos. El título original en inglés, *Normative Systems*, tampoco carece de problemas. El uso del plural podría ser visto como excesivo por un filósofo moral que no entendería como se puede pasar tan fácilmente de un sistema jurídico que admite “lagunas normativas” derivadas de una omisión relevante del legislador a un sistema moral donde, en principio, no hay legislador, al menos no en la forma convencional que adjudicamos a sistemas jurídicos en tanto subclase de sistemas normativos.

no todo conocimiento exhibe su valía si recibe el mote de “científico”. En Lariguét, 2008 capítulo 3, he puesto en duda la viabilidad de aplicar modelos de cientificidad como los que exigimos a ciencias como en las que pensaba Karl Popper. Que un conjunto de actividades merezca el título de conocimiento significa, en mi visión, que expone un conjunto variado de operaciones y afirmaciones susceptibles de ser discutidas en forma democrática, abierta, pública y racional (o sea, mediante el intercambio de las mejores razones).

Pensemos por un momento en que hay teorías que no satisfacen los cánones ordinarios de ciencias como las empíricas³: una teoría normativa por ejemplo como la rawlsiana. En este caso, sus principios e intuiciones mantienen su coherencia mediante el método del equilibrio reflexivo; por ende, sus principios no son simplemente barridos con la escobilla de la experiencia si, de pronto, algo no funciona del todo bien. Sería ocioso discutir si la teoría rawlsiana es “ciencia”; es una teoría, que expresa un conocimiento normativo y conceptual complejo en torno a una categoría como la de justicia. El ejemplo indica que las teorías dogmáticas están más cerca de teorías de tipo filosófico como la que acabo de reseñar –más allá de si el método del equilibrio es adoptado o no. Digamos entonces que la discusión de si la dogmática es ciencia o no es ciencia es más un capricho que hay que ubicar en la museología de la teoría jurídica; no tiene por qué alojarse en los estantes de nuestros libros de investigación actuales.

Ahora pues, la determinación de lo que hacen/deben hacer los dogmáticos en la que ahora estoy pensando es netamente “filosófica” y no sociológica o de otra índole. “Filosófica” en un doble sentido: de análisis y reconstrucción conceptual, a la vez que de tarea normativa, es decir, de propuestas sobre cómo se debe trabajar –a nivel consciente o autoreflexivo- en la dogmática. Es por esta razón una determinación no descriptiva a secas sino que se combina con propósitos normativos epistémicos, políticos, morales, etc, que considero que los juristas dogmáticos deberían incorporar –conscientemente- a su trabajo⁴.

³ No estoy diciendo que los dogmáticos no hagan y no deban hacer diversos tipos de afirmaciones empíricas; pero el punto es que sus actividades, al final, están guiadas por propósitos normativos últimos de variada estirpe.

⁴ Más adelante expondré con algo de detalle ejemplos de este tipo variado de propósitos.

3. Determinaciones filosóficas internalistas y externalistas

Es preciso, indicar, a su vez, que en la determinación filosófica, que es el tipo de determinación del trabajo dogmático que me interesa al menos aquí, hay cuando dos menos dos pares de estilos: uno de tipo “internalista” y otro de tipo “externalista” (empleo esta distinción en Lariguet, 2008: capítulo 8). El primero se centra en las categorías interiores de la propia dogmática: sus afirmaciones, sus métodos de interpretación, sus declaraciones epistémicas, etc. La otra, en cambio, apunta a la clase de factores sociales, económicos, ideológicos que bordean el sistema interno del trabajo dogmático pero que impactan en forma expresa o tácita en el mismo.

Me atrevería a señalar que un rasgo acusado de la mayoría de las propuestas de los positivistas jurídicos metodológicos, por ejemplo como es el caso de Alchourrón y Bulygin, o de *algunos* tipos de estilos “analíticos” dentro de la teoría jurídica, se han realizado en un estilo *internalista*, descuidando, silenciando o subestimando el aspecto *externalista*. Con este aspecto tengo en cuenta básicamente eso que muy laxamente llamaré “ideología” y que interviene en el funcionamiento del poder judicial, legislativo y de las tareas del dogmático ha sido subestimado o relegado por muchos analíticos y positivistas metodológicos desembocando sus análisis en un esmerado modelo de reconstrucción, pero altamente ingenuo y descuidado⁵.

La ideología es un tema importante y en eso los juristas feministas, marxistas, los llamados críticos en todas sus variantes, etc, tienen razón en que debe ser considerado. “Cómo debe ser considerado” es, por supuesto, un problema que el teórico no puede descuidar, pero aquí no puedo detenerme a discutir esta cuestión.

⁵ Mi visión analítica sobre el derecho ha consistido en una reconsideración del análisis conceptual que lo haga más fructífero, además de que despliego algunas críticas al positivismo metodológico; ambas cuestiones son analizadas poniendo bajo la lupa el entrenamiento intelectual habitual de los llamados “filósofos del derecho”. Entre otras cosas sostengo que los abogados que se han dedicado a la filosofía han incorporado herramientas restrictivas de la filosofía analítica la cual ha evolucionado a formas más abiertas, han confundido teoría con filosofía del derecho y han olvidado, sobre todo, que somos ante todo filósofos que filósofos “del” derecho solamente. Estas cuestiones se encuentran, por ejemplo, en Lariguet 2014.

Ahora bien, desbrozado el camino de algunos supuestos que a menudo se dan por descontados, me refiero al arranque teórico inicial preocupado por la determinación de qué hacen los juristas dogmáticos, no está de más identificar algunos rasgos sobresalientes que han caracterizado al menos la génesis de la denominada “dogmática jurídica”. ¡Señor, yo soy un dogmático!...pero jurídico es una suerte de humorada, pero no tanto.

Tradicionalmente la dogmática, como la *teología*, intentaron cimentarse en un conjunto de “núcleos” o “dogmas” desde los cuales operar; al ser dogmas, se trataba de preceptivas –metodológicas, interpretativas, etc.- *no revisables*. Esto explica la perplejidad inicial del científico o el filósofo que interrogaba al jurista orgulloso y seguro de sí mismo. En la ciencia, al menos en las reconstrucciones filosóficas estándares, una característica necesaria de la misma es la revisabilidad –o refutabilidad- de sus hipótesis teóricas y observacionales.

Advirtiendo la diferencia, cuando menos inicial entre ciencia a secas y dogmática jurídica, Viehweg (2007) distinguía “*cetética*” de “*dogmática*”. Con la primera expresión apuntaba a un tipo de episteme preocupada por la revisabilidad del contenido de verdad – o el contenido explicativo-predictivo o retrodictivo, según el caso- de las afirmaciones científicas.

A diferencia de la *cetética*, la *dogmática* se abroquelaba en torno al valor de la estabilidad o la continuidad de ciertos núcleos, por caso, en la deferencia a la llamada “voluntad del legislador”. Creo que con esta distinción Viehweg dio en el corazón de un rasgo de la *dogmática*, a menudo pasado por alto por muchos teóricos del derecho de corte positivista metodológico: este es un rasgo que denominaré “*normativo*” y que emplearé en un sentido muy amplio para dar cuenta de una variedad de objetivos no explicativos o no descriptivos en la *dogmática*.

No estoy sosteniendo, que quede claro, que el *dogmático* no pueda incubar formas explicativas o aliar sus análisis conceptuales con herramientas de tipo explicativo; de hecho, como se verá luego, abogo por la implementación en la *dogmática* de formas conscientes de interdisciplinariedad. Por tanto, este tipo de herramientas son –y pueden ser- necesarias y útiles pero no por su articulación en sí, sino por ser

puestas al servicio de finalidades que, en última instancia, son de tipo normativo⁶.

4.La normatividad del trabajo dogmático jurídica como rasgo notorio versus el kelsenismo jurídico

Mi tesis, por tanto, es que un rasgo notorio del trabajo dogmático jurídico en general es su normatividad⁷. El dogmático está interesado en asegurar una serie de valores: deferencia al legislador, seguridad jurídica, orden, justicia de las normas, etc. Las presuntas actividades de tipo “descriptivo”, en sus variantes tipologías, no tienen otro propósito que estar al servicio de un objetivo que no es descriptivo sino normativo: asegurar, guardar, preservar fidelidad a un orden jurídico o estado de derecho. Esto ha puesto al dogmático en una tortuosa situación. Por una parte, lo ha ubicado en el rol de una especie de “reproductor” del derecho tal como él lo capta, pero por otra parte, lo ha dejado insatisfecho cuando decide –conscientemente o no- dar saltos “normativos”, especialmente cuando tiene que “adaptar”, “ajustar”, o bien “reajustar”, o “acomodar” el derecho a situaciones recalcitrantes como diría Schauer, situaciones que irritan creencias ordinarias diría un peirceano, “casos difíciles” como diría un dworkiniano o, para peor, casos trágicos como dirían algunos filósofos que piensan en casos límites de la llamada racionalidad práctica.

Raz (2009: capítulos 9 y 11), y autores de nuestras latitudes como Atria (1999: 79-119), han hablado de pares de valores opuestos que tensan el trabajo del dogmático: de un lado, la estabilidad, la continuidad, la fidelidad al legislador que ponen al dogmático en la función del “guardián”, o bien el cambio, la adaptación, que buscan que el derecho maximice valores como la equidad. Aquí voy a sostener que el dogmático no es por lo general, y tampoco está bien que lo sea “siempre”, un celoso

⁶ Pensemos, por ejemplo, en herramientas explicativas y metodologías cualitativas como las que se emplean en alguna variante de análisis del discurso (Vasilachis de Gialdino, 2013).

⁷ Inclusive, en Lariguet, 2008: capítulo 8, he sugerido que, detrás del concepto presuntamente sociológico de predicción de vigencia de normas de Alf Ross, se enmascara un concepto normativo de previsión racional de los cambios legales autorizados por un orden jurídico en períodos –kuhnianamente hablando- de normalidad político-jurídica.

o mecánico y mero “reproductor”. El dogmático es en muchas ocasiones, de forma soterrada, o fuera del “closet”, un adaptador, un reajustador, un acomodador del derecho. No se me escapa que estos nombres (adaptador, ajustador, reajustador, acomodador) pueden dar lugar a distintas operaciones y la articulación de pautas metodológicas diferentes. Pero no quiero distraer al lector con una reconstrucción de todas las posibilidades que encierran estas funciones sino que apelo a la intuición común del significado inteligible y ordinario de estas expresiones. Lo que sostengo exige defender una visión del derecho que, por supuesto, no se agote solo en normas o principios que son incorporados por el legislador al derecho o son “descubiertos” o introducidos o “creados” por los jueces.

El derecho se ve más adecuadamente como una “práctica compleja” en la que también los dogmáticos participan y forman parte, buscando hacer “*equilibrios reflexivos*” entre valores que a veces pueden estar en tensión: por caso, seguridad y certeza, de un lado, adaptación y equidad del otro. Pero es preciso ir más allá. Esta práctica compleja de la que forman parte también los dogmáticos exige una discusión teórica de cuáles pueden ser las fuentes de “legitimidad” de la actividad normativa de los dogmáticos. Creo que esto requiere una zambullida profunda en las aguas de la *filosofía política*; más concretamente, la proposición y discusión de una teoría de la “democracia”. Los dogmáticos deberían abandonar las ataduras monárquicas de la jerarquía y la obediencia, y también de la recurrente “obsecuencia” hacia los grandes maestros⁸, para adentrarse en un foro abierto, público y democrático de discusión, de intercambio de razones (en un sentido semejante, Vázquez 2008). Como hablo de intercambio de razones, una teoría de la democracia sería solo una parte. En breve: a la par de una teoría de la democracia el dogmático debe reflexionar y articular una *teoría potente de la argumentación en*

⁸ Bien vale la pena brindar el siguiente testimonio: muchos de mis alumnos de metodología de la investigación dogmático-jurídica se sorprenden si les recuerdo el “sapere aude” kantiano. “Atreverse a pensar” les parece una actividad para la cual no están dotados, les genera vergüenza, enojo, fastidio, desdén, etc. “Pensar” equivale a muchas cosas del siguiente estilo: cuestionar, revisar, dudar, criticar, etc. Quiero aclarar que estos “alumnos” ya son abogados y todos ellos han iniciado la carrera docente en la facultad.

general y una de la argumentación jurídica en particular que sirva de acople a una teoría de la democracia para evaluar, a su vez, el grado de excelencia o deficiencia de sus intercambios de razones. Parte de lo que estoy proponiendo, increíblemente, se encuentra taponado en ciertos circuitos jurídicos, especialmente de Latinoamérica, por lo que llamaré un “kelsenismo subyacente”. Con este sintagma entiendo una forma de pensar, un estilo de razonar, que hunde sus raíces en ciertas ideas de Kelsen, principalmente difundidas a partir su teoría pura del derecho (véase Lariguet, 2008: capítulo 3); ideas que a veces pueden haber sido leídas por los juristas dogmáticos, aunque no hay garantía de que todo dogmático kelsenista haya leído a Kelsen; simplemente lo incorporó en su formación. Este kelsenismo impregna la enseñanza y la interpretación del derecho de manera intensa, inclusive en juristas que, paradójicamente, se pueden auto considerar iusnaturalistas (al fin, ninguno de nosotros escapa a complejos casos de auto engaño). De acuerdo con este estilo de pensamiento y razonamiento, los dogmáticos que quieren hacer “ciencia” deben solo describir el derecho (lo cual maximiza su rol de guardianes reproductores). Además, no deben “contaminar” su quehacer con disciplinas extrañas a la “esencia” de la dogmática jurídica tales como la antropología, los estudios culturales del derecho, la sociología jurídica, la filosofía moral o política, etc⁹. Estoy convencido que como ocurre con los grandes amores, muchos juristas se enamoraron de estos rasgos, y hoy, como ocurre con los divorcios, se separaron por estos mismos rasgos. Sin embargo, muchos juristas siguen viviendo en este matrimonio incómodo.

El estilo kelsenista, por lo pronto, ha generado la falsa imagen de que el dogmático está atado –inexorablemente- a una suerte de “monismo disciplinar”. Y este *dictum* se sostiene en contra de las evidencias. Por ejemplo: un dogmático penal que quiera reexaminar –no meramente reproducir- una categoría como la de “culpabilidad” no puede darle la espalda a problemas planteados por las llamadas neurociencias. O bien,

⁹ Es importante acotar que una cosa son las “teorías” y otra sus usos, aplicaciones o interpretaciones. Por ejemplo en Diego Medina (2004) se habla de diversas modalidades de “transformación” de las intenciones kelsenianas en la teoría pura por parte de juristas latinoamericanos.

si este dogmático se introduce en los meandros de la responsabilidad penal, no podría preterir una consideración explícita del problema de la mente, su relación con el cuerpo y cómo mente y cuerpo se enlazan con la causalidad. A fin de cuentas, el problema filosófico de la libertad es presupuesto inevitable de cualquier consideración seria sobre la responsabilidad. Y en verdad los dogmáticos ilustrados que conozco no lo hacen, es decir, no soslayan este tipo de consideraciones. Dejemos por un momento de lado las teorías filosóficas que son mi objeto predilecto. Pensemos que este mismo dogmático penal no puede dejar de tender cables con teorías antropológicas si tiene que estudiar el factor “cultural” de excusación de la responsabilidad. O, por caso, pensemos ahora en un dogmático constitucional que se enfrente a una medida legislativa que someta la judicialización de los derechos sociales a un mecanismo económico de “sustentabilidad fiscal”: él no puede dejar de articular herramientas de teorías de la justicia tributaria y de teorías político-morales de los derechos. Lo que estoy señalando dirige nuestras mentes a una reflexión seria sobre los puentes metodológicos y teóricos entre distintas disciplinas, por caso, entre disciplinas de la llamada dogmática jurídica y otras disciplinas no dogmáticas. Por este motivo, mal que les pese a los kelsenistas, es perentorio volver a preocuparse seriamente sobre palabras tales como “interdisciplina”, “transdisciplina”, etc¹⁰. No obstante, algunos juristas, que se apodan de “metodólogos” del derecho, rara vez meditan sobre esto. Es más, sin saberlo como el “burgués gentilhomme que hablaba prosa sin saberlo”, son kelsenistas sin saberlo. Por ejemplo, un alumno mío de metodología de la dogmática jurídica, me comentó una vez que quiso combinar herramientas de interpretación del derecho civil con herramientas de la sociología, a lo cual un “metodólogo” de

¹⁰ En Lariguet 2007 he intentado dar una reconstrucción conceptual de conceptos como los de disciplina e interdisciplina, respectivamente. Allí, a la par de una reconstrucción, era escéptico con respecto a la interdisciplinariedad. Ahora pienso, como Minor Salas (2006: 55-69), que el principal obstáculo para establecer puentes creativos entre teorías y disciplinas no obedece tanto a la inconmensurabilidad o al uso de nomenclaturas terminológicas potencialmente inconmensurables, sino en actitudes prácticas reacias a los puentes. En Pelaez y Suárez 2010 hay un trabajo renovado y detallado de reconsideración de estas nociones a la luz de la epistemología contemporánea.

estos que tengo en mente –y que son muy reales- le dijo: “*Usted no puede hacer eso*”. De nuevo estamos con lo que hacen, no hacen, pueden o no pueden hacer los dogmáticos. Hacer un poco de sociología, de acuerdo con esta preceptiva, significa “caer por fuera de los bordes matemáticamente definidos de las disciplinas dogmático jurídicas”. Si Usted hace eso, juega otro juego diría un metodólogo de estos. En tal sentido, este “metodólogo” se parece mucho a aquel sacerdote que, en un confesionario, le dice: “Usted no puede tener relaciones prematrimoniales porque es un pecado contra la naturaleza querida por Dios”; ergo, “si Usted lo hace va contra la naturaleza”. Por analogía, si Usted, como dogmático, quiere hacer un poco de sociología va contra la “naturaleza” de la dogmática; lo suyo es un ilícito moral. Pero, ¿tengo que explicar en detalle aquí por qué el término “naturaleza” no puede ser rotundo para una conclusión adversa al intento de un dogmático de combinar disciplinas extrañas a la “naturaleza” de la dogmática como tal? Alguien con mediana ilustración filosófica y sensibilidad lingüística sabe que este término ha sido usado de maneras diversas, poco confiables, y en general pálidamente fundamentadas en ámbitos como el derecho o la ética.

El metodólogo de mi ejemplo no parece reflexionar sobre lo que involucra una disciplina, qué cosas demanda y son posibles en términos de interdisciplina, cómo es posible cumplir con distintos propósitos dentro de una investigación, etc. Soy de la idea de que un dogmático puede *combinar* su trabajo ¹¹con disciplinas no dogmático-jurídicas como la sociología (curiosamente la metodóloga *proscriptiva y prescriptiva* de mi ejemplo es “socióloga del derecho”).

Ahora bien, a decir verdad, he podido apreciar que, cuando un dogmático invoca la sociología, no es por rendir resultados puramente explicativos. Usa la sociología, en general, para satisfacer diversos fines, que al final, son de tipo normativo: por ejemplo, cuestionar una determinada forma de implementar o aplicar una institución jurídica, como por ejemplo la familia. Por caso, para un dogmático del derecho de familia, mostrar la evolución social e histórica de la familia monoparental

¹¹ Lo cual no es igual a *confundir*.

y heterosexual hacia formas pluriparentales y no necesariamente heterosexuales, no tiene un fin empírico. Más bien, es la base para afirmar o cuestionar la regulación permisiva o prohibitiva de estas nuevas formas de familia. Lo mismo, *mutatis mutandis*, se podría decir de un dogmático que emplease instrumentos de la historia para, nuevamente, cohonestar o cuestionar una determinada política jurídica plasmada en decisiones políticas, legislativas o judiciales.

En contra de esta metodología de mi ejemplo, defiende una dogmática auto-consciente de sus pasos y de su destino, si se me permite esta última palabra algo pomposa. He dicho que el corazón de la dogmática se vincula con diversas operaciones característicamente normativas; pero esto no impide, más bien invita, a formas novedosas de intelectualidad que conecten *creativamente* –aunque bajo el requisito de pertinencia conceptual- distintas disciplinas. La autoconsciencia a la que debe ajustarse el dogmático del derecho se potencia con la búsqueda de honestidad intelectual. Esto evita que el dogmático sea un mal sociólogo del derecho y motiva que sea, en cambio, un sociólogo alerta, además de un consciente dogmático normativo guiado por intervenciones intelectualmente creativas y refrescantes; intervenciones idóneas para ejercitar un rol activo y crítico en las prácticas jurídicas complejas que se etiquetan bajo la amplia palabra “derecho”. Para el metodólogo de mi ejemplo, a su vez, exigen un trabajo autocrítico hacia la función misionera (auto) asumida sobre bases de ignorancia y pedantería epistémica cimentadas sobre bases endebles o articuladas a través de una reflexión insuficiente.

A la luz de lo anterior, frases del estilo “Usted no puede”, admiten un trabajo de profundo cuestionamiento. Por lo pronto, si los rasgos de la dogmática no se definieran en forma esencialista, ¿qué impediría trazar un puente con disciplinas no dogmáticas? ¿Por qué plantear las cosas a todo o nada? Acaso, ¿no es posible combinar diferentes juegos tal como hacía el *Magister Ludi* del Juego de los Abalorios de Hesse? Mi respuesta es que nada impide revivificar tradiciones, en este caso dogmáticas, y fertilizarlas mediante puentes entre teorías, disciplinas o tradiciones de pensamiento diferentes. Después, si a eso queremos o no llamarlo “dogmático”, ¿es tan apremiante? Pero hay todavía otros dos aspectos del kelsenismo subyacente que quiero explicitar y poner en cuestión.

5. Dos aspectos más del kelsenismo que deben ser revisados

El primero de ellos tiene que ver con la mentada –y no siempre discutida– propiedad de “generalidad” de las teorías jurídicas como las kelseniana (Lariguet, 2008: capítulo 6). No pretendo aquí esmerilar una teoría de las generalidades posibles e imposibles de las teorías de juristas como Kelsen¹². Ciertamente aquí creo que hay un problema gordo soslayado por algunos analíticos del derecho: me refiero al problema metodológico de si es posible y hasta qué punto es importante armonizar la *aprioricidad* y *generalidad* de los conceptos filosóficos con la historicidad de fenómenos sociales como el derecho y, en consecuencia, con la densidad histórica de los propios conceptos teóricos, sean dogmáticos, sean filosóficos. Acá no voy a entrar a esta cuestión sobre la que estoy trabajando en un artículo específico. Más bien quiero detenerme ahora en la generalidad de las teorías dogmáticas del derecho.

A menudo damos por descontado que, por caso, la teoría del delito, por ejemplo la de Roxin, es aplicable “sin más” al derecho colombiano o al derecho chileno. No estoy recusando la posibilidad de aplicar conceptos dogmáticos fraguados en Alemania a otros países, si es que eso es lo que significa el predicado “general”. Empero, sí me inquieta la rapidez con la que pasamos por la frase “sin más”. Las teorías dogmáticas tienen aspectos también culturales, históricos, sociales, que explican su aparición y justifican la dimensión pragmática de su aplicabilidad. En un país sumido en la violencia como Colombia, los dogmáticos penales colombianos tienen “lo suyo” para aportar, matizar o reajustar o, como diré aquí, “modular” una teoría dogmática exógena¹³. O, para variar el

¹² Un problema clásico y no resuelto por los teóricos generales del derecho es la acusación de “eurocentrismo” u otras formas de centrismo o colonización de las teorías jurídicas. Esta misma problemática, aunque parezca lo contrario, también se ha planteado en la evolución teórica de disciplinas como la antropología jurídica o la sociología del derecho.

¹⁴ Por ejemplo, la filósofa y jurista colombiana Julieta Lemaitre Ripoll (2009) hace un interesante reajuste en las teorías jurídicas del derecho que buscan delimitar órdenes de violencia estatal justificada con órdenes de violencia no estatales, por ejemplo las *farcs* o las pandillas colombianas. Su trabajo demuestra astucia creativa para combinar de modo creativo, lúcido y pertinente, instrumentos de teorías jurídicas forjadas en el extranjero, moduladas sobre la base de problemas concretos e idiosincrásicos de

ejemplo, pensemos en el derecho boliviano. Un alemán no pergeña sus teorías dándole completamente la espalda al mundo social que lo rodea; por esto, un jurista boliviano, inmerso en un mundo de reformas de un derecho viejo hacia un derecho que refleje composiciones multiétnicas, necesitaría por fuerza, reflexiones conceptuales orientadas a interpretar estas nuevas orientaciones. Estas “modulaciones” que tengo en mente pueden tener distintos grados: desde el modesto “reajuste” a la idiosincrasia colombiana o boliviana que habilite un trabajo de recepción creativa del dogmático colombiano o boliviano de conceptos o teorías alemanas, hasta un vigoroso y nada modesto intento de subvertir el orden epistémico de privilegio de teorías extranjeras a la luz de lo que Boaventura de Sousa Santos (2010) ha llamado una “epistemología del sur”¹⁴, una epistemología sensible a los países ex colonizados, en condiciones sociales o económicas más desfavorecidas. Por ejemplo, este tipo de reajuste profundo es el que algunos juristas del derecho internacional intentan llevar a cabo, buscando liberarse -cual filósofos de la liberación dusselianos- del lastre de los núcleos conceptuales forjados por juristas de países colonizadores; buscan, más bien, conceptos, aproximaciones teóricas desde la “periferia” del mundo.

El otro aspecto del kelsenismo al que quiero hacer referencia está vinculado al presupuesto de “neutralidad valorativa” en el trabajo del dogmático. Repetidamente, y por distintas vías, corrientes como la “escuela libre del derecho”, los “critical legal studies”, “el uso alternativo del derecho”, la propuesta de una dogmática “conscientemente política” o la jurisprudencia “estratégica” han atacado la plausibilidad de este presupuesto. No solo con evidencias “descriptivas” del tipo: el dogmático no hace eso sino también con postulados normativos del estilo “el dogmático no debe hacer eso”. Yo sostengo que en general el dogmático no hace eso; pero esta cuestión no me importa tanto como la normativa: considero que “no debe hacerlo”.

Colombia que ofician no sólo de banco de pruebas para aquellas teorías sino que obliga a reformularlas.

¹⁴ No es un sur geográfico sino conceptual definido a partir de rasgos de sociedades, grupos o países que se encuentran en condiciones de marginalidad o periferia teórica con respecto a los centros de poder consagrados durante el período colonial.

He dicho que el derecho debe verse como una práctica compleja de la que forma parte el dogmático y que sus tareas normativas de equilibrio reflexivo entre valores eventualmente tensos requiere de una articulación consciente de alguna teoría de la democracia y de alguna teoría de la argumentación. Aquí quiero añadir que el dogmático a veces tendrá que hacer teoría moral también (por ejemplo, véase Tamayo y Salmorán 1996: 30-42). A nadie escapa que lo que hoy, por ejemplo, denominamos el “bioderecho”, expresión con la que se cubren situaciones tan diversas como la maternidad subrogada, el aborto, la eutanasia, la clonación, la fertilización asistida, etc., exigen poderosos argumentos que necesitan de teoría moral. Y cuando digo “teoría moral” no digo “metaética”. Digo teoría moral sustantiva y argumentos sustantivos, de “primer orden”, de cómo se deberían incorporar o no al derecho, por ejemplo al derecho civil, estos cambios en la tecnología de la vida; cambios que presupondrían, diría un foucaultiano, un biopoder y una biopolítica¹⁵.

Afrontar problemas que involucran valores exige, a su vez, un cambio en las coordenadas axiológicas por las que se estructuran las teorías jurídicas. Quiero defender aquí que el presupuesto de “neutralidad valorativa” debería ser reemplazado por el no menos riguroso de “honestidad intelectual”, además de otros valores como “curiosidad intelectual”, “valentía teórica”, “rigor y precisión conceptual”, “sensibilidad por una lógica de los buenos argumentos”, etc.

De acuerdo con mi perspectiva, los dogmáticos operarán conscientemente sobre el derecho no simplemente *reproduciendo*

¹⁵ Por supuesto, no se me escapa que la llamada “incorporación” de contenidos sustantivos de tipo moral y político al derecho requiere de una agudeza práctica que ponga en equilibrio valores como el apego a la ley o la voluntad del legislador junto a valores como ajuste o equidad en las soluciones jurídicas. Mi tesis no debiera ser reducida a la absurdidad bajo el ardid de usar el término “vulgarización” del derecho. Bajo el empleo de este término se arropan diferentes tesis, pero que en general parecen tener una raíz común: los anti-vulgaristas del derecho temen que la dotación de sustancia moral o política a los argumentos jurídicos usados para interpretar el derecho, amenguen la fuerza autoritativa, la forma del derecho o su portento exclusionario para desplazar razones de primer orden o segundo orden no estrictamente jurídicas. Una mente jurídica con agudeza práctica, por el contrario, no haría de la lectura del derecho una vulgata. Sobre los distintos sentidos de “vulgarización” del derecho y una crítica sesuda a los anti-vulgaristas se encuentra Alegre, 2005, pp. 177-189.

de manera automática los contenidos legislados. También *deberán conscientemente acoplar a una teoría de la democracia y una de la argumentación alguna teoría moral que presenten como apta para fundar sus juicios interpretativos*. Tal tarea de fundamentación presupondrá, desde luego, alguna adecuada teoría de la “objetividad” de los enunciados morales. Lamentablemente, debido a una deficiente formación en teoría moral, muchos juristas tienen una tendencia a alguna forma no reflexiva y poco refinada de subjetivismo¹⁶ valorativo o a formas de subjetivismo¹⁶ superadas por las propias corrientes no cognitivistas en materia ética (Lariguet 2010). No voy a argumentar de porqué existe esta tendencia y de porqué estos juristas adhieren a formas subjetivas de concebir al valor que son de poco refinamiento. Solo diré que cualquier esfuerzo reflexivo de conexión de la labor dogmática con la teoría moral debe presuponer algún tipo de objetividad posible para los enunciados normativos o valorativos, so riesgo de cometer un tipo de autocontradicción flagrante: no podría defenderse el cimiento moral de una determinada respuesta jurídica si se asume la misma como brutalmente subjetiva.

6. Dos niveles en la dogmática: micro y macro

Ahora bien, en este tramo de mi artículo, me gustaría introducir una nueva distinción para que quede más clara mi postura (la que he conseguido hasta nuevo aviso). Una cosa es el “nivel micro” de la dogmática, y otra el nivel “macro”.

A nivel “micro” admito que los juristas dogmáticos puedan echar mano de aportes como los de aquellos teóricos preocupados, típicamente, por las actividades de interpretación y sistematización del derecho¹⁷.

¹⁶ Esta forma primitiva de subjetivismo se encuentra, por ejemplo, en Ferrajoli, 1995, p. 123. Digo “primitiva” porque ha corrido mucha agua bajo el puente: se ha reestructurado la mirada sobre los lenguajes que presuponen valores, se ha distinguido entre valores con contenidos más o menos densos, se han propuesto proto-cognitivos de los sentimientos morales que presuponen valores, y un largo etcétera.

¹⁷ Normalmente ciertos teóricos jurídicos analíticos, no todos desde luego, suelen simplificar en extremo sus textos y sus clases cuando hablan del significado de enunciados jurídicos. La norma es el significado de un enunciado; sin embargo, no es frecuente una investigación seria sobre las teorías del significado y cuál sería la mejor versión para un modelo

Ejemplos de este nivel micro hay muchos; por caso, la discusión teórica de si las “normas tributarias imprecisas son válidas”, cuál es “el estatus de las denominadas normas penales en blanco”, “cuál es la naturaleza de las notas a pie de página de un código civil”, “cómo concebir la nulidad de los actos jurídicos”, “si la derogación de normas puede producir algún tipo de indeterminación normativa”, “si las llamadas normas programáticas de una constitución son judicializables”, “si la dogmática ambiental es autónoma con respecto a la civil”, “si las contradicciones normativas entre normas de un sistema lo vuelven trivial”, “cómo generalizar una vasta base normativa para lograr una informática eficaz de sistemas jurídicos”, y un muy largo etcétera. Yo diría que las cuestiones micro, que por lo general condensan problemas conceptuales y/o normativos, son paradigmáticamente enfrentadas por los dogmáticos y forman un objeto dilecto de los llamados “teóricos del derecho”.

A diferencia del nivel “micro”, el nivel que llamo “macro” es preocupación constante de *filósofos del derecho*, sean originalmente estos juristas o filósofos. Este nivel tiene una mirada abarcadora, holista y global sobre el derecho y sus relaciones con dominios como la moral, la política, etc. En este nivel hay una presencia recurrente de una obsesión por la *imagen, concepto o naturaleza del derecho*, lo cual involucra una pesquisa compleja por parte del filósofo.

Huelga decir que la distinción micro-macro no es cualitativa sino gradual y admite muchas zonas de intersección. Hay temáticas que pueden solapar ambas miradas: por ejemplo la aplicación judicial de normas puede requerir categorías e instrumentos tanto micro cuanto macro. O, planteado con otro ejemplo, un dogmático podría demandar explícitamente herramientas de filosofía de la mente para revisar su teoría del dolo eventual o un civilista podría pedir ayuda a las teorías filosóficas de la responsabilidad objetiva para fundamentar una teoría jurídica de la responsabilidad sin culpa y, a su vez, un filósofo podría usar un tema práctico, por ejemplo la garantía judicial de los llamados derechos sociales, como banco de prueba de tesis más abstractas a nivel conceptual de moralidad política para determinar la índole de tales derechos, o bien,

determinado de dogmática jurídica. Para una versión analítica del significado puede verse, por ejemplo, Otero-Carpintero, 2005. En cambio, para una versión hermenéutica puede verse Crelier, 2012.

podría emplear herramientas de lógicas no monotónicas para reconstruir el estatus derrotable de principios constitucionales, etc.

Ahora bien, el nivel “micro” es insuficiente desde un punto de vista filosófico y por esto debe ser ensanchado. Una primer ensanchamiento demanda el abandono de lo que llamé el “modelo kelsenista”, para abrazar un modelo que capte la complejidad de los propósitos normativos de los dogmáticos. Una alternativa potable, en este sentido, es cincelar un modelo cercano al pensamiento dworkiniano¹⁸, el cual es sensible a los valores de honestidad intelectual¹⁹ que defiendo, más que al de neutralidad valorativa²⁰ (véase Dworkin 2011). Este modelo recoge la visión del derecho como una práctica compleja y no solo un conjunto de normas. Además no es ingenuo: No se “describe por el deporte de describir”. Se describe, en todo caso, mediado por la interposición de conceptos de distinta naturaleza, muchos de ellos normativos y se describe con el propósito de ayudar a mejorar las prácticas jurídicas, volviéndolas sensibles a valores sustantivos como la democracia, la inclusión social, etc. Un profesor de derecho que solo enseñara que el derecho no es diferente de una banda de ladrones, y que entre los ladrones, prefiere a los ladrones de la derecha que a los de la izquierda, es un tipo de profesor que debería abandonar la enseñanza jurídica y entrar de consejero de alguna de las mafias gubernamentales que mejor le plazca. A menos, claro, que hiciera una especulación más seria de su papel como dogmático o como teórico, como profesor y como ciudadano sensible a cuestiones de justicia y buen gobierno. No estoy diciendo que no haya gobiernos injustos o que puedan ser tildados de bandas de ladrones. Estoy diciendo que un buen profesor de derecho, no puede ser un mero reproductor acrítico del derecho y encima darse el lujo del

¹⁸ Soy consciente de que Ronald Dworkin no tuvo en la mira algo así como la “dogmática jurídica”, una empresa intelectual de los derechos europeos continentales, pero su teoría filosófica –mutatis mutandis– sí que puede aplicarse a esta clase de empresa.

¹⁹ Véase Williams, 2002. La honestidad requiere veracidad, precisión, etc.

²⁰ El uso de determinadas palabras, seleccionadas para reforzar la idea de neutralidad valorativa, se aprecia en autores positivistas que, no en vano, hablan insistentemente de “identificación” de normas, una palabra suficientemente ascéptica como para reforzar o sostener la impresión de neutralidad. Esta impresión vuelve a ser robustecida con la idea de que también es posible la aplicación “neutral” de conceptos valorativos. Véase Navarro, 2007.

cinismo y la ignorancia o el desdén por reflexiones de filosofía política que asciendan desde la simplicidad de ciertos casos hasta la complejidad de otros y la sofisticación conceptual que requerirán las teorías político-jurídicas en esos segundos tipos de casos.

Ahora pues, este modelo de dogmático honesto que tengo en mente y que defendiendo admite una peculiaridad que modelos puros como el dworkiniano no admitirán. Mi propuesta es el de una dogmática normativa de tipo dworkiniano en la *metodología* (no necesariamente en la adscripción cabal al liberalismo político). Cuando hablo de “metodología” presupongo un conjunto diverso y complejo de articulación de instancias pre-interpretativas, interpretativas y post-interpretativas guiadas por el propósito central de presentar el derecho bajo el mejor aspecto²¹.

Una dogmática orientada de forma consciente por propósitos normativos garantiza la ansiada “relevancia” por la que abogan ciertos teóricos del derecho. “Relevancia”, empero, es una expresión amplia que, al menos, admite dos orientaciones: una epistémica que José Peralta, Laura Manrique y Pablo Navarro Navarro (2011) adjudican a una concepción “clásica” de la dogmática y otra relevancia práctica o normativa que ellos adjudican a una concepción contemporánea. Ante todo es preciso decir que la forma que ellos llaman “clásica” solo se opone superficialmente a la que denominan “contemporánea”. La clásica siempre ocultó las operaciones normativas o prácticas de la dogmática: estas operaciones existían en forma soterrada y la versión contemporánea solo hizo el esfuerzo de traerlas a la luz, es decir, de responder al valor que llamo de “honestidad intelectual”. Está claro, por otra parte, que la distinción clásica-contemporáneo, en ellos, es puramente “ahistórica”: autores como por ejemplo el segundo Ihering buscaban en el pasado

²¹ Se le ha criticado a Dworkin su centramiento exclusivo en el derecho de casos de la jurisprudencia, que son casos particulares, a diferencia del tipo de casos genéricos sobre los que normalmente orbita la dogmática jurídica. Esta crítica no me parece compulsiva, al menos aquí. La dogmática tiene un fin eminentemente práctico de ser auxilio para una mejor legislación y jurisprudencia (por ejemplo Kahn 2001); “mejor” en el sentido de aplicar una artesanía conceptual sobre el derecho que enmiende sus deficiencias legislativas y que se empareje armónicamente con principios ilustrados de moralidad política.

justamente lo que estos autores reconstruyen como sólo predicable de la dogmática contemporánea. Pero, además, en mi versión del asunto la concepción “clásica” no desaparece como por arte de prestidigitación. Lo que estos autores denominan “contemporánea” absorbe la versión anterior. Sigo pensando que hay instrumentos conceptuales ligados al uso inteligente del lenguaje, a la dotación de recursos lógicos para ordenar materiales normativos, etc., típicos de la concepción “clásica” que no tienen por qué ser abandonados. No es necesario tirar el agua de la bañera junto con el bebé.

La concepción que defiendo para la dogmática, entonces, es una forma auto-consciente y reflexiva de operar con finalidades normativas: el dogmático ayuda a modelar mejor los materiales normativos, auxilia a la judicatura, critica los aspectos de moralidad política problemáticos de las normas, etc. Esta concepción es la que de hecho aplican los dogmáticos que no se mienten a sí mismos. Tal es el caso de mi amiga, la Profesora Diana Patricia Arias Holguín, una importante dogmática penal colombiana. En un trabajo suyo (2012: p. 143) Diana aplica una compleja y sofisticada operatoria normativa sobre el derecho penal colombiano en lo tocante a la aplicación de la pena a ciertos casos de tenencia de droga. Si las normas penales se aplicaran de manera automática y directa el resultado de la punición podría derivar en una palpable e intensa afectación de derechos fundamentales del reo, como por ejemplo, su reinserción social. Por esto Diana, y muchos otros dogmáticos, aplican herramientas como las que surgen de la aplicación del principio de “proporcionalidad”; principio conforme al cual, se balancean distintos tipos de normas y principios, se conecta la legislación penal con interpretaciones constitucionales que potencian derechos fundamentales y se introduce lenta, pero persistentemente, versiones menos punitivas para ciertos casos, hasta la defensa abierta y honesta, pública, democrática y razonada de una teoría abolicionista de la pena. No es que Diana prescindiera de instrumentos como los vinculados a la interpretación y sistematización, clásicamente enfocados por positivistas metodológicos como Alchourrón y Bulygin o Pablo Navarro; simplemente ocurre que detenerse sólo en ese lugar es revelar la punta del iceberg: los objetivos últimos de los dogmáticos son normativos, pero no porque simplemente “describan” normas sino porque ponen sus actividades teóricas al servicio de fines que al final no son descriptivos o explicativos sino normativos. Por esta razón, los modelos de estos autores son útiles solo superficialmente; les falta

desocultar el poder liberador de la autoconsciencia normativa de la propia dogmática; una dogmática atenta, además, a los vericuetos ideológicos del derecho, su interpretación y aplicación. A falta de la explicitación de esta autoconsciencia, modelos positivistas como los citados solo son la muestra de modelos que enarbolan conceptos clasificatorios y precisas distinciones que han omitido lo fundamental: han olvidado cuáles son los propósitos últimos del uso de conceptos y teorías de la dogmática. Como digo, estos propósitos son normativos. Por esto modelos como los de Alchourrón y Bulygin son modelos “toy”, juguetitos para manipular intelectualmente, pero que no penetran en el corazón de la dogmática.

Ahora bien, debo adosar un punto aclaratorio más respecto de mi concepción metodológica. Debo apresurarme a clarificar que no abogo por una metodología pura á la Dworkin. Con gusto le incorporaría a esta metodología un “pestañeo de la sospecha”.

En efecto, un dogmático conscientemente político, en el sentido de ser sensible a cuestiones de manejo y distribución del poder social a través del derecho, y por diversos mecanismos e instituciones, debería tener eso que Ricoeur, pensando en autores como Foucault, llamaban la “sospecha”. No se trata de que los dogmáticos, como decimos los argentinos “se chupen el dedo”. Tienen que tener un ojo puesto en los sinuosos e intrincados terrenos de la una reflexión teórica sobre el papel de lo ideológico y el poder en la construcción, preservación, cambio o alteración del derecho y sus influjos causales en la sociedad²².

²² Por ejemplo, es común que los dogmáticos oculten dimensiones ideológicas de la aplicación judicial del derecho o de la generación de leyes en el ámbito parlamentario. Esta ocultación se detecta tanto a nivel discursivo de uso del lenguaje (por ejemplo cuando se habla de que tal ley fue “dictada”...) o cuando se omiten los factores de poder notorios que acompañan determinada decisión judicial; por ejemplo, de una decisión de una corte suprema que, mediante una sentencia, busque destronar al gobierno de turno que ocupa en ese momento el poder ejecutivo. La actividad de omisión o silenciamiento de la dogmática, centrada solo en el análisis conceptual aparentemente neutral de tal norma que es la sentencia es en sí mismo ideológico en el sentido seminal de la expresión “ideología”: acto de ocultamiento que, paradójicamente a veces, está oculto para el propio dogmático intérprete. Más adelante, en el cuerpo de este artículo sostendré la necesidad de un guiño de sospecha que permita desnudar componentes ideológicos controversiales a fin de discutirlos públicamente; esta actividad de desocultamiento de lo ideológico es una forma de optimizar un valor que defenderé aquí como es el de “honestidad intelectual” que debería reemplazar al requisito de neutralidad valorativa.

Esta habilidad de la sospecha, sin embargo, no adquiere en mi perspectiva la gravedad que tiene en Foucault. Si solo los juristas fueran “desmanteladores” rudimentarios de los vericuetos ideológicos del derecho no nos quedaría nada: todo habría sido pulverizado. Necesitamos una dogmática consciente y honestamente normativa que exponga y discuta perspectivas jurídicas que nos ayuden a “emanciparnos” como agentes libres, autónomos pero a la vez solidarios con la inclusión social del desaventajado. Este tipo de visión combinatoria de lo mejor del liberalismo y de lo mejor del socialismo debería impregnar la tarea de mejorar los materiales normativos de nuestras sociedades.

7. Recapitulación

Es hora de recoger los hilos de toda mi argumentación. He partido de la problematización de la pregunta por lo que hacen o no los llamados dogmáticos del derecho. Luego de desentrañar algunos aspectos no siempre atendidos, he expuesto en qué sentido nodal se concibe que un jurista es un “dogmático”...pero jurídico. He sugerido que el rasgo más notorio del trabajo del dogmático no tiene que ver con lo descriptivo sino con lo normativo. Los dogmáticos persiguen fundamentalmente, y está bien que eso sea una actividad explícita, propósitos normativos epistémicos (por ejemplo de construir un tipo de conocimiento manejable, útil, claro, sistemático sobre un cierto derecho), lógicos (que sus argumentos interpretativos sean sistemáticos y convergentes), sistemáticos (no sólo identificando eventuales fallas sistémicas como antinomias sino procurando mostrar de modo coherente el derecho), morales (ajustar preceptos jurídicos a las mejores teorías disponibles de la moral, con lo cual tiene que cuestionar con buenos argumentos variantes del subjetivismo valorativo), etc. He dicho que esta impronta normativa requiere de una teoría de la democracia y una de la argumentación acompañadas de reflexiones de teoría moral. Asimismo, he identificado y desmotando críticamente lo que he llamado un kelsenismo subyacente. En contra de este estilo de pensamiento he argüido a favor de un modelo de trabajo dogmático sensible a cuestiones de interdisciplina y transdisciplina y he afirmado que los dogmáticos deben obsesionarse por la honestidad intelectual más que por la neutralidad valorativa. También he sostenido que el derecho se ve mejor como una práctica de la que los dogmáticos forman parte no como pasivos reproductores del *status quo*. He dicho, además, que mi propuesta combina una aproximación de

tipo dworkiniano combinada con un estado de alerta (lo llamé pestañeo de sospecha) sobre algunos presupuestos de poder que subyacen al derecho y que afectan su aplicación, interpretación, enseñanza, etc.

Quiero terminar este artículo desentrañando por fin el misterio de porqué mi trabajo actual sobre la filosofía de la religión y la ficción literaria no se veían “totalmente” interrumpidos por este trabajo sobre la dogmática pedido por Alejandro Vergara Blanco. En primer lugar, a casi nadie se le escapa que la teología se suele construir sobre dogmas (por ejemplo la “infalibilidad del papa” y que los teólogos se enfocan a explicar-justificar la “autoridad” de la iglesia). Los dogmáticos, y más “conscientemente”, los llamados teóricos del derecho, han perseguido esta misma finalidad, inclusive los “ateos” del derecho. Quiero afirmar que característicamente los teóricos del derecho podrían verse como si fueran una especie de “teólogos”. En efecto, autores como Dworkin, Kelsen, Hart o Raz, más allá de sus singulares diferencias teóricas, se interesan en mostrar que el derecho a fin de cuentas no tiene un fundamento meramente caprichoso, rapsódico, sino que obedece o responde a una fuerza moral, a una norma presupuesta, regla de reconocimiento o pretensión de autoridad. Es decir, hay algo así como un fundamento solapadamente teológico o mítico del derecho (Derrida, 1992:129-191).

Los más escépticos, o los ateos como Austin, podrían pensar que en realidad el derecho no es más que la guía del amo con el látigo, del pastor con el rebaño de ovejas que convergen en la obediencia por miedo a la coacción, por temor a que los dientes del señor pueden morder. Un ateo jurídico diría que no hay ningún fundamento místico detrás del derecho, “no hay evidencias” de tal cosa. Los teóricos, “creyentes”, en cambio, ante este escepticismo erosivo, podrían dejar de lado el “evidencialismo” de la fuerza moral testeable en las prácticas jurídicas, la norma presupuesta en el razonamiento lógico habitual, contrafáctico y necesariamente presupuesto en la mentalidad jurídica, la postulación de una regla de reconocimiento presupuesta, o la demanda de una pretensión normal de autoridad legítima, diciendo que, como en asuntos de “fe”, es “mejor apostar al derecho”, como Pascal apostó por Dios. No podemos probar con evidencias que Dios exista o que el derecho tenga autoridad, pero entonces nos dejemos ir, nos abandonemos a los ritos de la oración en la iglesia, o a la fe en la autoridad del derecho: ¡al final seremos recompensados! Porque si resulta que Dios existe o que

el derecho tiene autoridad, todos estaremos mejor. Esto que señalo evapora parte del misterio de mi frase inicial. Falta la otra parte: la ficción literaria.

Normalmente, y de manera poco avisada, los juristas distinguirían entre el relato “teórico” de dogmáticos o filósofos del derecho del relato “ficcional” de los escritores o literatos. El primero ofrece una forma de conocimiento, el segundo un conjunto de imágenes verosímiles pero no reales y que no expresan clase alguna de conocimiento. Sin embargo, hay un dato revelador e inquietante de las ficciones literarias: en su inmensa mayoría, desde la antigüedad hasta el presente, la mayoría de los escritores ha presentado al derecho como un derecho injusto y a los abogados litigantes y a los jueces, como agentes inescrupulosos, estúpidos, venales, corruptos, presuntuosos, etc. Esta imagen “ficcional” coincide, en partes significativas, con la opinión folk.

Sin embargo, los dogmáticos, y especialmente los teóricos del derecho, suelen darle la espalda a estas imágenes porque, curiosamente, las ven demasiado ficcionales. Oponen, tácitamente, de forma tajante, el “realismo” de las teorías jurídicas a la “ficción” de los literatos²³. Esta oposición parece demasiado simplista porque los literatos han puesto de manifiesto, con agudeza y astucia, los vicios del derecho y de sus operadores. Así ha sido desde Aristófanes, pasando por Shakespeare o Swift, hasta Kafka o Dostoievsky, etc (Fábrega Ponce, 2013). Este arsenal de crítica moral del derecho desplegado por los escritores no ha sido cuidadosamente considerado por los teóricos del derecho, a excepción, podría decirse, de los tiempos recientes. Es más, la ética profesional de jueces y abogados, como disciplina filosófica aplicada, no hace tanto tiempo que ha ingresado a los tópicos de reflexión de los filósofos del derecho y ha empezado a cobrar relevancia tanto teórica como práctica. Mi pregunta final, y con esto termino de dismantelar el misterio de mi frase. ¿quiénes escriben ficciones? ¿Los literatos o los filósofos del derecho? ¿O será, acaso, que los filósofos del derecho son malos escritores o, más desolador aun, malos filósofos?

²³ “Realismo” en sentido pedestre y no en el sentido técnico del realismo escandinavo, americano o genovés)

Bibliografía

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. 1987. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Alegre, Marcelo. 2005. “Vulgarización y deterioro del derecho democrático”, *Revista de Derechos y Humanidades*, N°. 11, Universidad de Chile. Chile.
- Arias Holguín, Diana Patricia. 2012. “*Proporcionalidad, pena y principio de legalidad*”, *Revista de Derecho*, N°. 38. Barranquilla.
- Atienza, Manuel. 2005. “*Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática jurídica*”, Isonomía. *Revista de teoría y filosofía del derecho*, N°. 3, México.
- Atria, Fernando. 1999. “*Del Derecho y el Razonamiento Jurídico*”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 22. Alicante.
- Bourdieu, Pierre. 2013. *Nobleza de estado: investigación de elite y espíritu de cuerpo*, Traducción de Alicia Gutiérrez, Siglo XXI editores, México.
- Bovino, Alberto y Curtis, Christian. 2000. “*Por una dogmática conscientemente política*”, *Anuario de filosofía del derecho*, N°. 17, Madrid.
- Crelier, Andrés. 2012. *Introducción a la filosofía hermenéutica del lenguaje*. Biblos, Buenos Aires.
- de Sousa Santos, Boaventura. 2010. *Epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*. Siglo XXI editores, México.
- Derrida, Jacques. 1992. “*Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*”, traducido por Barberá del Rosal y Antonio Peñalver, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 11. Alicante.
- Danto, Arthur. 2013. *Qué es el arte, Traducción de Iñigo Ureta*, Paidós, Barcelona.
- Dworkin, Ronald. 2011. *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Harvard.

- Fábrega Ponce, Jorge. 2013. *Jueces y abogados en la literatura universal*. Tirant lo Blanch, Barcelona.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y Razón*. Trotta, Madrid.
- Kahn, Paul. 2001. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona.
- Kennedy, Duncan. 2000. "La educación legal como preparación para la jerarquía", traducido por María Luisa Piqué y Christian Courtis, compilado por Christian Courtis en el libro *Desde otra mirada*, Eudeba, Bs As.
- Lariguét, Guillermo. 2007. *Dogmática jurídica y aplicación de normas*. Prólogo de Fernando Atria. Alveroni, Córdoba.
- Lariguét, Guillermo. 2008. "Acerca de las llamadas 'teorías' 'generales' del derecho", en *Problemas del Conocimiento Jurídico*, Prólogo de Daniel Cesano, Ediar, Buenos Aires.
- Lariguét, Guillermo. 2008. "La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica", en *Problemas del Conocimiento Jurídico*, Prólogo de Daniel Cesano, Ediar, Buenos Aires.
- Lariguét, Guillermo. 2008. "Predicción, Conocimiento y Cambio de Sistemas Jurídicos. Una revisión de la propuesta de Alf Ross", en *Problemas del Conocimiento Jurídico*, Prólogo de Daniel Cesano, Ediar, Buenos Aires.
- Lariguét, Guillermo. 2008. "Sistematización, teoría y modificación del derecho. Una revisión de las críticas de Aulis Aarnio (y Carlos Ernst) al modelo de reconstrucción racional de Alchourrón y Bulygin", en *Problemas del Conocimiento Jurídico*, Prólogo de Daniel Cesano, Ediar, Buenos Aires.
- Lariguét, Guillermo. 2010. "La presencia de la subjetividad en la metaética contemporánea", *Prometeica. Revista de filosofía y ciencias*.
- Lariguét, Guillermo. 2014. "Analytical Legal Philosophy Reloaded", *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*. N°. 8. México.
- Lemaitre Ripoll, Julieta. 2009. *El Derecho como Conjuro*. Universidad de los Andes, Bogotá.

- Manrique, María Laura, Peralta, Milton, Navarro, Pablo. 2011. *La relevancia de la dogmática penal*. Universidad del Externado de Colombia.
- Medina, Diego. 2004. 2004. *Teoría pura e impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Navarro, Pablo. 2002. “*La aplicación neutral de conceptos valorativos*”, Analisi & Diritto, Génova.
- Pelaez, Álvaro y Suárez, Rodolfo. 2010. *Observaciones filosóficas en torno a la transdisciplinariedad*. Anthropos-UAM Cuajimalpa. México.
- Pérez Otero, Manuel y Carpintero, Francisco. 2005. *Filosofía del lenguaje*. Universidad de Barcelona, Barcelona.
- Raz, Joseph. 2009. “*Interpretation: Pluralism and Innovation*”, en *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford.
- Raz, Joseph. 2009. “*Why interpret*”, en *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford.
- Salas, Minor. 2006. “*Interdisciplinariedad de las ciencias sociales y jurídicas: impostura intelectual o aspiración científica*”, Revista de Ciencias Sociales. 113-114.
- Tamayo y Samorán, Rolando. 1996. “*Dogmática jurídica y teoría moral*”, Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho, N°. 4, México.
- Vasilachis de Gialdino, Irene. 2013. *Discurso científico, político, jurídico y de resistencia*. Análisis lingüístico e investigación cualitativa. Gedisa, Barcelona.
- Vázquez, Rodolfo. 2008. “*Concepciones filosóficas y enseñanza del derecho*”. Academia. Revista de enseñanza del derecho. N°. 12.
- Viehweg, Theodor. 2007. *Tópica y jurisprudencia*, Traducción de Díez Picazo, Civitas, Madrid.
- Williams, Bernard. 2002. *Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy*, Princeton University Press, Princeton.

